Die Verhinderung des Zugehens einer fernmündlichen Annahmeerklärung durch den Antragsteller.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau

vorgelegt von

Hans Kutzner
Referendar in Liegnitz.

Breslau 1928

»Quader« Druckerei und Verlagsanstalt G. m. b. H. Breslau I, Herrenstraße 19.

Gedruckt mit Genehmigung
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau.
Berichterstatter: Prof. Dr. Bruck.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

„Meinem Vater gewidmet.“

Verzeichnis des benutzten Schrifttums.

Achilles-Ereiff: Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Aufl. 1927.

Bendix: Die irrationalen Kräfte der zivilrichterlichen Urteilstätigkeit. Breslau 1927.

Bieber: Der Zugang empfangsbedürftiger mündlicher Willenserklärungen. Diss. Würzburg, 1908.

Blätter für Post u. Telegraphie, 23. Jahrg. Abt. Rechtsprechung.

v. Blume: Versäumnis des Empfanges von Willenserklärungen. Jherings Jahrbücher 51, S. 1 ff.

Breit, James: Die Verhinderung der Vollziehung einer Willenserklärung in Seuff. Bl. f. Rechtsanwendung, 71, Nr. 21, S. 589.

Breit, Max: Willenserklärung als Äußerung und Leistungsgegenstand in Gruch. Beitr. Bd. 55, S. 1 ff.

Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 1927.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts, I, 1900.

David: Verhinderung der Abgabe einer empfangsbedürftigen Willenserklärung in Gruch. Beitr. 46, S. 232.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches u. Preußens. I, 3. Aufl. 1906.

Eckstein: Die Verhinderung des Zugangs einer empfangsbedürftigen Willenserklärung in den Blättern für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts, 1919, S. 112.

Eltzbacher: Die Handlungsfhäigkeit nach deutschem bürgerlichem Recht, Berlin 1903.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I, 9. Aufl. 1903, II, 2. 1908.

Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I, 1, 25.—29. Aufl. 1926.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Fischer-Ebert: Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Aufl., München 1921.

Giesecke: Der Fernsprecher im Rechtsverkehr, Diss. Leipzig 1906.

Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch, I, 2. Aufl., 1903.

Habicht: Die Verhinderung der Abgabe einer Willenserklärung in der D. J. Z. 1901, S. 265.

Haumann: Die Nichtannahme empfangsbedürftiger Willenserklärungen, Diss. Erlangen 1913.

Henle: Treu und Glauben im Rechtsverkehr, Berlin 1912.

Hölder: Über Willenserklärungen mittels Fernsprecher in der D. J. Z. 1901, 157.

Ders.: Der Zugang der Willenserklärung in der D. J. Z. 1901, S. 340.

Jhering: Der Zweck im Recht, 1884.

Joerges: Zum Recht des Fernsprechverkehrs in der Z. R. H., Bd. 56, S. 44 ff.

Jacobsohn: Anfechtung stillschweigender Willenserklärungen wegen Irrtums in Jher. Jahrb. 56, S. 398.

Koppers: Die Vollendung empfangsbedürftiger Willenserklärungen in Gruch. Beitr. 46, 225.

Krückmann: Die Vereitelung des Vertragschlusses im Recht 1911, S. 63.

Ders.: Besprechung i. d. J. W., S. 938, 7.

Ders.: Besprechung i. d. J. W. 1926, S. 1430 zu 2.

Kuhlenbeck: Das Bürgerliche Gesetzbuch f. d. Deutsche Reich, 2. Aufl., 1903.

Kunstmann: Das Zugehen der rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen nach §§ 130, 131. Diss. Erlangen 1906.

Landau: Die vom Adressaten vereitelte Willenserklärung. Diss. Göttingen 1905.

Leeser: Der verspätete Zugang einer befristeten Annahmeerklärung i. d. J. W. 1921, S. 267.

Meili: Die Telegraphie und Telephonie in ihrer rechtlichen Bedeutung für die kaufmännische Welt, 1892.

Meyer: Die Pflicht zur Entgegennahme von Willenserklärungen. Diss. Heidelberg 1909.

Moses: Die Verhinderung des Zugehens von Willenserklärungen durch den Adressaten, Diss. Breslau 1919.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches., Bd. 2, 1888.

Mühlhoff: Wirksamwerden und Verhindern des Wirksamwerdens einer Willenserklärung. Diss. Marburg 1913.

Neugebauer, F.: Fernsprechrecht, 1927.

Neugebauer, Walter: Was ist in § 130 unter Zugehen zu verstehen? Diss. Breslau 1908.

Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches, 6. Aufl. 1912.

Oertmann: Bürgerliches Gesetzbuch, allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1927.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch I, 4. Aufl. 1913.

Regelsberger: Die Erklärung der Annahme eines Vertragsangebots durch den Fernsprecher im Bank-Archiv, Bd. 9, Nr. 18, S. 274.

Reichau: Der Vertragsschluß durch Fernsprecher, Diss. Jena 1908.

Reichsgerichtsräte-Kommentar, das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erläutert von Busch-Seyffarth, 5. Aufl. 1923.

Richter: Schadensersatz bei Verschulden gelegentlich der Vertragsverhandlungen in d. J. W. 1921, 665.

Rosenthal: Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Aufl., Berlin 1927.

Schneider: Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuches, München 1902.

Scholz: Das Post-Telegraphen- und Fernsprechrecht in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, 5,2 1915.

Schüler: Die Verhinderung des rechtzeitigen Zugehens einer Willenserklärung durch den Empfänger. Diss. Breslau 1910.

Seckel: Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts in der Festgabe für Koch. Berlin 1903.

Seidler: Welche Rechtsfolgen treten ein, wenn derjenige, an den eine Willenserklärung gerichtet ist, das rechtzeitige Zugehen der Erklärung vorsätzlich oder fahrlässig verhindert? Diss. Erlangen 1911.

Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch, I M. Aufl. 1926.

Sokolowski: Willenserklärungen mittels Fernsprecher und Erndruckers. Diss. Rostock 1908.

Staub: Das Handelsgesetzbuch. Kommentar, Bd. 2, 13. Aufl. 1926.

Staudinger: Bürgerliches Gesetzbuch I, 9. Aufl. 1925.

Thiele: Die Kündigung, insbesondere bei Darlehen, nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche im Archiv f. ziv. Prax. Bd. 89, S. 85 ff.

Titze: Der Zeitpunkt des Zugehens bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen in Jher. Jahrb. Bd. 47, S. 379 ff .

Ders.: Die Lehre vom Mißverständnis, Berlin 1910.

Ders.: Besprechung von RGE. 9. 5. 19 in J. W. 1919, St. 569.

v. Tuhr: Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, I, 2, 1914.

Warneyer: Das Bürgerliche Gesetzbuch, Teil 1, I, 1923. Rechtsprechung.

Weißenberg: Die Rechtstellung des Antragsempfängers, Diss. Breslau 1927.

Wendt: Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Recht i. Arch. f. ziv. Prax. 92, 1 ff.

Zitelmann: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, allgemeiner Teil, Leipzig 1900.

INHALTSVERZEICHNIS.

Seite

Verzeichnis des benutzten Schrifttums 5

A. Einleitung:

Zielsetzung der Aufgabe 9

B. Hauptteil:

§ 1. Die Besonderheiten fernmündlicher Willenserklärungen 9
Die Lösungsversuche bei der Verhinderung des Zugehens einer fernmündlichen Annahmeerklärung.

§ 2. Die Fristverlängerung durch

1) Analogie zu § 530,2 11

2) Analogie des Annahmeverzuges 11

3) Generelle Vertragsauslegung; Treu und Glauben . 12

§ 3. Die Fiktion des rechtzeitigen Zuganges der im Versuch mißlungenen fernmündlichen Annahmeerklärung

a) Das Anwendungsgebiet der Fiktion 13

b) Die Fiktion der ursprünglichen Erklärung durch

1) die Annahme eines Verzichtes auf den Zugang 14

2) die Anwendung des Gläubigerverzuges 15

3) direkte und analoge Anwendung von § 162 . . 15

4) Die Anwendung von Treu und Glauben . . . 16

§ 4. Die Fiktion des rechtzeitigen Zuganges einer nachgeholten fernmündlichen Annahmeerklärung, auf dem Wege

1) der Analogie,

aa) unter Heranziehung der §§ 530,2, 2339,2, 123,2 19

bb) unter Verwertung der §§ 149 und 530 . . . 19

2) Der Verwirklichung eines Schadensersatzanspruches, begründet aus

aa) Vertrag (§ 276) 20

bb) Delikt (§ 823,1) (§ 826) 23

3) Der Anwendung von Treu und Glauben.

aa) Die Notwendigkeit der Nachholung 24

bb) Die Einbeziehung des Verschuldensmaßstabes . 24

cc) Versuch eigener Lösung 27

C. Ergebnis 34

Lebenslauf 35

A. Die Zielsetzung der Aufgabe.

Das Streben der wirtschaftlichen Technik geht darauf hinaus, durch immer weitergreifende Präzisierung und Intensivierung die Ausnutzungsmöglichkeit der Zeit zu vergrößern. Zum andern gestattet die moderne Technik, den Raum in bisher unbekannten Geschwindigkeiten zu überbrücken. Sie läßt also auch in dieser Beziehung die Bedeutung des Einzelzeitraumes wachsen. Eine Wertsteigerung, die auch vor dem Forum volkswirtschaftlicher Betrachtungsweise standhält; im umgekehrten Verhältnis zur Abnahme der Seltenheit (hier: Die Zeit nicht voll ausnutzen zu können) steht die Zunahme der Dringlichkeit: Des Strebens, um des beschleunigten Lebensrhytmus halber das Leben immer mehr zu verlängern. Der Idealzustand wäre die Erreichung jeder gewünschten Möglichkeit ohne Rücksicht auf Zeit. Freilich ein unerreichbares Ziel: Würde es doch den höchsten Machtbereich bedeuten.

Auf dem Wege zur höchstmöglichen Anpassung des Gegebenen an dieses Ziel ist der Fernsprecher ein Schritt. Er verwirklicht hierbei je einen Teil beider Komponenten. Raum verliert an hemmender Bedeutung und Zeit wird überwunden, wenn das gesprochene Wort zur gleichen Zeit in einem anderen Erdteil vernommen wird. Die in Wechselbeziehungen stehende Überbrückung von Raum *und* Zeit ist für den Fernsprecher wesentlich (theoretisch möglich sind auch Fälle, in denen der Fernsprecher nur zur Raumüberbrückung dient: Ein Geschäftsmann in A., der in Erwartung eines Besuches nicht nach B. fahren kann, spricht ohne Rücksicht auf Zeitverlust durch überlastete Leitungen fernmündlich nach B.).

Die besondere Kennzeichnung findet der Fernsprecher daher nicht in seiner Zielsetzung, die allem technischen Wollen gemeinsam ist, sondern in den Besonderheiten der Hemmungen.

Nach Kennzeichnung dieser Schwierigkeiten wird eine der schwerwiegendsten Hemmungen unter dem Bestreben betrachtet werden, die durch technische Unvollkommenheit bedingten Hemmnisse durch Maßnahmen des Rechtsleben zu verringern.

B. Die Besonderheiten fernmündlicher Erklärungen.

§ 1.

Die Eigenart der fernmündlichen Übermittlung besteht in der Zwischenstufe zwischen mündlicher und schriftlicher Erklärung: Abwesende verhandeln wie Anwesende miteinander, wenn die gewünschten Personen selbst oder Bevollmächtigte am Apparat sind.

In § 147 BGB. ist die Gleichsetzung mündlicher und fernmündlicher Erklärungen zwar nur für den beschränkten Wirkungskreis der Antragsannahme ausgesprochen. Im Schrifttum wird jedoch ganz allgemein auf dem Wege der Analogie eine fernmündliche Erklärung also eine Erklärung zwischen Abwesenden, wie eine unter Anwesenden behandelt[1]). Dies kann nur als Ziel gewertet gelten. Der fernmündliche Verkehr erfordert ein weit größeres Maß an Vertrauen, als der unter Anwesenden. Solange der Fernseher noch nicht erfunden ist, verbleibt der Gehörsinn einziges Kontrollorgan. Bei größeren Entfernungen verändern zudem technische Schwierigkeiten die Klangfarbe. Die Feststellung der Identität wird erschwert, oft unmöglich gemacht. Die Möglichkeit der Mißverständnisse ist ungleich größer als bei Gesprächen unter Anwesenden. Es ist unmöglich, zu erkennen, ob der Gegner aufnahmefähig ist oder wie er sich der Empfangsbereitschaft entzieht. Gegenmaßnahmen, wie unter Anwesenden die Hinterlegung eines die Erklärung enthaltenen Schriftstückes, können nicht getroffen werden.

Ein eigenes Problem bildet die Gefahrtragung bei Abgabe oder Annahme fernmündlicher Erklärungen durch Unbefugte, Hausangehörige und Angestellte. Umstritten ist die Notwendigkeit einer Erkundigungspflicht nach den gegenseitigen Befugnissen. Die Beweissicherung bleibt erschwert, denn die seinerseits erwartete Kontrolle durch Phonographen[2]) ist unwirtschaftlich geblieben. Die Zuziehung von Zeugen setzt mehrere Hörer voraus. Von dieser Möglichkeit wird sehr wenig Gebrauch gemacht, weil sie — auch heute noch — die Deutlichkeit beeinträchtigt[3]).

Eine weitere Schwierigkeit bildet der Gegenstand der Abhandlung: Die Vereitelung des Wirksamwerdens der abgegebenen Erklärung durch den Angerufenen. Da als Besonderheit im Gegensatz zu den Erklärungen unter Anwesenden der Erklärende völlig der Willkür des Adressaten preisgegeben ist, wird diese Sonderschwierigkeit auch eine den sonstigen Rahmen des Vertrauensschutzes übersteigende Lösung rechtfertigen.

Die einzelnen Möglichkeiten der Verhinderung werden im Rahmen der verschiedenen Lösungen angeführt werden. Die Frage, ob die Vereitelung von dem Antragsteller nur verursacht oder verschuldet sein muß, wird um der Geschlossenheit des Aufbaus willen erst bei dem Zusammentreffen aller Voraussetzungen geprüft werden, die Verfasser als für die Lösung geeignet ansehen muß (§ 4 b b 3).

§ 2.

Die Fristverlängerung als Lösungsversuch bei der Verhinderung des Zugehens einer fernmündlichen Annahmeerklärung.

Zwei Möglichkeiten bieten sich, um den Erklärenden vor den

---

[1]) z. B. Enneccerus: § 149 II b,2; S. 398 und Anm. 23.
[2]) Meili, S. 5, S. 30, 31.
[3]) Giesecke: S. 3.

Folgen der Fristversäumnis zu schützen, wenn der Empfänger das rechtzeitige Zugehen der Erklärung verhindert hat.

Man kann zum Ausgangspunkt die tatsächliche Fristversäumnis nehmen und den rechtzeitigen Zugang der einmalig versuchten oder nachgeholten Erklärung dann fingieren. Andererseits läßt sich anstatt der Fiktion der Folgen durch eine Fiktion der Voraussetzungen das gleiche Ergebnis zeitigen. Wird die tatsächlich doch abgelaufene Frist für verlängert erklärt, so ist damit der rechtzeitige Zugang einer wiederholten Erklärung gesichert.

Die Verfechter dieses zweiten Weges haben ihre Ansichten aber nicht aus der oben gekennzeichneten Zielrichtung heraus begründet, sondern die Fristverlängerung gerade um die Fiktion zu vermeiden zum Gegenstand ihrer Beweisführung gemacht.

1) In der analogen Anwendbarkeit von § 530 II glaubt *Wendt*[1]) der Schwierigkeit einer Fiktion ausweichen zu können. Gemäß § 530 steht dem Erben des Schenkers das Widerrufsrecht zu, wenn der Schenker von dem Beschenkten am Widerruf gehindert oder vorsätzlich und widerrechtlich von ihm getötet wurde. Die vorsätzliche Verhinderung des Schenkers am Widerruf lasse also nicht wie üblich mit dem Tode des Erklärungsberechtigten die Frist ablaufen. Es ergebe sich daher der im Gesetz enthaltene Rechtssatz, daß bei Verhinderung der Abgabe einer binnen einer Frist abzugebenden Erklärung ein Ablauf dieser Frist nicht anerkannt werde.

Die Fristverlängerung ist nur — wie *Wendt* meint — in § 530 II gegeben. Eine Verallgemeinerung dieses in seinen einzelnen Voraussetzungen zudem eingeschränkten Einzelsatzes auf das gesamte Rechtsgebiet ist nicht möglich, zumal die Motive[2]) das Widerrufsrecht selbst als „anomal" bezeichnen.

2) *Titze*[1]) sucht durch Rechtsanalogie die Lehre vom Annahmeverzug anzuwenden, um eine Fiktion zu erübrigen, die zu seiner Verwunderung *Habicht* von derselben Grundlage ableitet. Zur Begründung seiner Behauptung dient ihm die im Obligationenrecht herrschende Regel, daß der Gläubiger sich mit einer nachträglichen Erfüllung abfinden muß, wenn der Schuldner seinerseits alles Erforderliche für die rechtzeitige Erfüllung getan hat. Die für die Bewirkung mögliche Frist gelte also als verlängert; jedoch nur, wenn eine vertragsmäßige Pflicht zur Entgegennahme der Erklärung bestand oder der Erklärende einen außervertraglichen Schadenersatzanspruch geltend machen kann.[2]) Ob eines dieser Erfordernisse für die Annahmeerklärung zutrifft, wird nicht entschieden. *Titze* wendet sich demnach nur gegen die Fiktion des rechtzeitigen Zugangs einer im Versuch mißlungenen Erklärung, nicht gegen die Fiktion ihres rechtzeitigen Zuganges bei ihrer Wie-

---

[1]) a. a. O. § 20, S. 211.
[2]) Motive, II, § 449—452, S. 302.
[1]) Titze, Jher. Jahrb. 47, S. 453.
[2]) Mißverständnis, S. 264, 66, 68; J. W. 19, 369, 2.

derholung. Die Rechtzeitigkeit wird immer fingiert, nur die Identität der Erklärung ist verschieden. Ein Unterschied, der gleich dem Widerspruch (die Fiktion abzulehnen und sich im Ergebnis doch zu ihr bekennen) von *Moses*[3]) nicht erkannt wird.

Die von *Titze* verfochtene Ansicht mag ihre Geltung wohl im Recht der Schuldverhältnisse behaupten, steht aber in Widerspruch mit § 130. Aus der Analogie des Gläubigerverzuges fordert nämlich *Titze*, daß die Fristverlängerung „nicht durch ein Verschulden des Gläubigers bedingt ist". Danach müßte im Falle einer zufälligen Vereitelung der Entgegennahme der Erklärungsempfänger die Gefahr tragen. Dieser Widerspruch mit § 130 soll hier nur angedeutet und in § 4, 3a ausführlich begründet werden. Um diesen Widerspruch zu umgehen, fingiert *Blume*[4]) den Ablauf einer neuen Frist bei vorsätzlicher und rechtswidriger Verhinderung. Ein Ergebnis, das den Verkehrsbedürfnissen ebensowenig gerecht wird, wie die unter Ausschaltung des Verschuldens aufgestellten Theorien, die jeden Fall erfassen würden.

Abgesehen von § 130 versagen zwei Bedenken dieser Anschauung Wirksamkeit, wenn es sich um die hier zu erörternde Frage der Annahme der Offerte handelt. Der Antragsempfänger ist nicht zur Abgabe dieser Erklärung verpflichtet, sondern *berechtigt*.[5]) Selbst wenn man aber eine Gläubigerstellung des Antragstellers annimmt, kann doch nie aus dem Gläubigerverzug gefolgert werden, die nie erfolgte Leistung gelte als bewirkt.[6])

3) Auf dem Wege einer für alle Fälle anwendbaren Vertragsauslegung sucht *Eckstein*[1]) eine Fiktion unnötig zu machen. Aus dem Willen der Vertragschließenden — dessen abweichende Regelung sogar als sittenwidrig nichtig sei — müsse ihr Einverständnis geschlossen werden, die Fristen zu verlängern, wenn aus irgendeinem in der Person des Empfängers liegendem Grunde die rechtzeitige Abgabe unmöglich geworden sei.

Für eine Auslegung des Vertrages nach Treu und Glauben tritt eine weitere Ansicht ein, welche jedoch schuldhaftes Verhalten des Empfängers voraussetzt. Um die „mißliche Fiktion" zu erübrigen, müsse für die Fristberechnung die Dauer des „Verhinderungszustandes" durch eine „Art Hemmung nach Analogie der Hemmung des Verjährungsablaufes" unberücksichtigt bleiben.[2])

Die Berechtigung, den Zufall in die Gefahrtragung einzubeziehen, ist zu mindest beweisbedürftig. Die Fiktion selbst ist für fernmündliche Willenserklärungen unannehmbar, so daß es sich erübrigt, auf die besondere Rechtstellung ihrer Unterart, der Annahme einer Offerte, einzugehen. Durch die Benutzung des Fernsprechers

---

[3]) a. a. O. S. 31.
[4]) a. a. O. S. 14.
[5]) Bieber: S. 52.
[6]) Joerges: S. 74.
[1]) a. a. O. S. 114.
[2]) Staudinger; § 130, 11, S. 545.

kommt die Besonderheit des Parteiwillens zum Ausdruck, Raum und Zeit zu überbrücken und unter keinen Umständen längere Fristen gelten zu lassen, als die mit Rücksicht auf dieses Beförderungsmittel besonders kurz gehaltenen. Trotzdem die Anwendungsmöglichkeit zu bejahen, heißt eine Fiktion von so weitgehendem Inhalt aufstellen, so daß es schwer fallen dürfte, einen Beweis für die entgegengesetzte Behandlung des Parteiwillens zu erbringen.

Eine die Voraussetzungen umgestaltende Fiktion führt also nicht zu einem befriedigenden Ergebnis, die Rechtzeitigkeit des Zuganges zu wahren. Daher ist die eingangs erwähnte weitere Möglichkeit zu untersuchen. Diese Betrachtungsweise, die zum Ausgangspunkt die tatsächliche Fristversäumnis wählt, läßt ebenfalls zwei Wege als gangbar erscheinen. Man kann die vereitelte, also nie zugegangene (ursprüngliche) Erklärung oder eine verspätet nachgeholte (neue) Erklärung als rechtzeitig zugegangen fingieren.

§ 3.

Die Fiktion des Zuganges der im Versuch mißlungenen fernmündlichen Annahmeerklärung.

a.

Das Anwendungsgebiet der Fiktion.

Der Empfänger, der den fernmündlichen Anruf nicht wirksam lassen werden will, kann sowohl die Abgabe, wie die Kenntnisnahme, seltener den Zugang — bei nicht in seiner Gegenwart abzugebenden Willenerklärungen — verhindern.

Er vereitelt die Abgabe einer in seiner Gegenwart abzugebenden Erklärung, wenn er dem Gegner keine Möglichkeit zur Erklärung seines Willens bietet. So wenn er den fernmündlichen Anruf wissentlich überhört und den Hörer nicht abhebt, oder nach Erkennen des Gegners wieder abhängt, ehe es zu einer die Annahmeerklärung betreffenden Äußerung kommen konnte.

Eine Verhinderung der Kenntnisnahme einer in seiner Gegenwart abzugebenden und richtig abgegebenen fernmündlichen Erklärung ist dann gegeben, wenn er dem Erklärenden durch Antwort auf den Anruf seine Empfangsbereitschaft zwar versicherte, den Hörer aber z. B. auf die Tischplatte legt ohne abzuhängen und ohne dem Gegner die Unterbrechung der Verbindung bemerkbar zu machen — sei es durch eigene Kenntnisnahme oder durch Benachrichtigung des Fernsprechamtes.

Um das Zugehen einer *nicht* in seiner Gegenwart abzugebenden Erklärung zu verhindern, bedarf es eines Beispieles[1]), das nach heutiger Verkehrslage wegen der unverhältnismäßig hohen Kosten nicht von praktischer Bedeutung ist. Der Empfänger, der an den Fernsprecher einen Phonographen anzuschließen pflegt, hat ihn absichtlich abgestellt, so daß die nicht in seiner Gegenwart abzugebende Erklärung wohl abgegeben, aber nie zugegangen ist.

---

[1]) David: S. 326.

Diese dritte Möglichkeit wurde nur deshalb angedeutet, um zu beweisen, daß der Satz[2]): Empfang und Wahrnehmung fielen immer zusammen, nur bedingt richtig ist. Umfassender wäre es zu sagen: Erfolgt überhaupt die Wahrnehmung, dann im Augenblick der Abgabe. Abgabe und Zugang fallen nur zusammen bei Erklärungen, die in *Gegenwart* des Adressaten abzugeben sind.

Gemeinsam ist den letzten beiden Möglichkeiten, daß eine Fiktion nicht in Anwendung zu kommen braucht, weil die tatsächlich abgegebene fernmündliche Erklärung in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist. Es lag nur an ihm, während der Abgabe auch die Kenntnisnahme zu ermöglichen. Dieser Zugang ist für verkörperte Erklärungen durch direkte, für nicht verkörperte durch analoge Anwendung des § 130 I als ausreichend zu erachten.[3])

Die Möglichkeit einer Fiktion ist daher nur im ersten Falle zu prüfen, wo keine eine Kenntnisnahme ermöglichende (1 bei —[3]) Lage geschaffen wurde und der Erklärende wußte, daß die nur teilweise oder gar nicht abgegebene Annahmeerklärung nicht zur Kenntnis genommen wird. *Die Zugangsverhinderung ist also hier eine Verhinderung der Abgabe der Erklärung.*

b.

Fiktion der ursprünglichen Erklärung.

1) Auf eigenartigem Wege sucht *Henle*[1]) die Wirksamkeit der einmalig versuchten, aber mißlungenen Erklärung zu begründen. Die Rechtsgemeinschaft beruht auf dem Rechtsverkehr, d. h. auf gegenseitigem Austausch von Willenserklärungen. Ein gewollter Ausschluß von dieser Verständigungsmöglichkeit bedeutet ein Verneinen der rechtlichen Grundlage, von der aus durch das Berufen auf vorhergegangenes Verhalten trotzdem wieder Ansprüche geltend gemacht werden. Unter analoger Anwendung von § 157 BGB. kann dieses Verhalten, um es nicht als unverständig erscheinen zu lassen, nur als ein gewollter Verzicht auf den gesammten Zugang gewertet werden. Die absichtlich vereitelte Erklärung ist also zugegangen, trotzdem ein Zugang im tatsächlichen Sinne nicht stattgefunden hat.

Die Voraussetzung dieser Beweisführung, ein verständiges Verhalten aller Menschen im Rechtsleben, ist rechtlich anfechtbar. Der Zwangsverzicht als Ergebnis widerspricht ganz offensichtlich dem Parteiwillen. Durch die Nichtbedienung des Fernsprechers will ja gerade der Antragsteller das Zugehen der Annahmeerklärung verhindern! Diesen Willen in sein Gegenteil umzudeuten, wäre nur dann erforderlich, wenn die von ihm gewollten Folgen unumstößlich, rechtlich sonst nicht umdeutbar wären: Eine Frage, die nicht einmal angedeutet, geschweige denn verneint wird.

---

[2]) Enneccerus: § 149, b 1, S. 397; Koppers: S. 228; Hölder: S. 157.

[3]) Planck: § 130,5, S. 335; Scholz: S. 939 § 231.

[1]) a. a. O. S. 41/42.

2) Im Wege des Gläubigerverzuges und der Fristverlängerung will *Titze* (§ 2,2) die wiederholte Erklärung als rechtzeitig gelten lassen. Er unterscheidet sich darin in der hier zu erfolgenden Würdigung einer Ansicht von *Habicht*, der unter gleicher Voraussetzung die tatsächlich nur einmal erfolgte Erklärung als zugegangen fingiert[1]).

Der Hinweis, § 130 BGB. wolle eine Willenserklärung „jedenfalls dann" wirksam werden lassen, wenn sie zugegangen sei, und *nicht nur* in dem Falle, daß sie zugehe – vermag den von *Habicht* wohl selbst empfundenen Widerspruch zu § 130 nicht ausräumen. Eine nicht zugegangene Erklärung ist nach dem Wortlaut von § 130 nicht wirksam.

Wenn er es auch nicht ausspricht, so kommt auch *Landau* auf den Gläubigerverzug hinaus. Seine Theorie ist für fernmündliche Erklärungen nur dann von Bedeutung, wenn Abgabe und Zugang auseinanderfallen (§ 3 a). In § 121 sieht er[2]) eine Zweiteilung der Anfechtungsfrist, deren erster Teil allein von dem Erklärenden zu wahren sei. Mit der rechtzeitigen Abgabe der Erklärung sei alles für ihn erforderliche getan[3]). Auch bei § 149 komme es auf die rechtzeitige Abgabe der Erklärung an. Daher leitet *Landau* aus diesen Bestimmungen, die im inneren Zusammenhang stehen sollen, den allgemeinen Rechtssatz ab,[4]) die rechtzeitig abgegebene Erklärung müsse als rechtzeitig zugegangen behandelt werden.

Abgesehen davon, daß die §§ 121 und 149 nur ganz besonders gelagerte Einzelfälle behandeln, ist *Landaus* Ansicht ebenfalls mit § 130 unvereinbar: Kommt es doch auf den Zugang, nicht die Abgabe der Erklärung an.

3) Auch wenn durch das Abstellen des Fernsprechers es zu keiner Abgabe der Erklärung gekommen ist, glaubt *Habicht*[1]) die Erklärung als zugegangen behandeln zu müssen. Zur Beweisführung dient ihm § 162, den er zunächst direkt, im Lauf seiner Abhandlung aber analog anzuwenden für richtig hlät. Der in § 162 formulierte Rechtssatz, daß Bedingungen, welche einen Rechtserfolg eintreten lassen, dann wirksam werden, wenn sie zum Schaden einer Partei absichtlich vereitelt oder widerrechtlich herbeigeführt werden, gilt jedoch nur für dem Rechtsgeschäft beigefügte Nebenbedingungen, nicht für eine conditio juris[2]). Eine solche ist aber z. B. das Wirksamwerden einer den Vertrag auslösenden Annahme eines Angebotes innerhalb eines befristeten Zeitraumes: Ohne Eintritt dieser „Bedingung" ist der gesetzliche Tatbestand nicht erfüllt.

---

[1]) S. 267, Sp. 1.
[2]) S. 51; 55.
[3]) S. 34/35; ebenso Sokolowski, S. 34.
[4]) S. 70.
[1]) Habicht: S. 265.
[2]) David: S. 233/34; Mühlhoff: 36; Planck: § 130,5, S. 336; Schüler: S. 21.

Auch eine analoge Anwendung von § 162[3]) ist nicht möglich. Ihre Beurteilung an dieser Stelle rechtfertigt sich, weil es dem Verfasser wesentlich erscheint, die Gliederung nach den drei Fiktionsmöglichkeiten aufzubauen und hierbei alle Wege, auch die der Analogie, zu untersuchen; bisher war es üblich z. B. die eine analoge Anwendung befürwortende Gruppe herauszunehmen, die bald eine Fiktion der ursprünglichen, bald der nachgeholten Erklärung zu beweisen sucht.

Eine analoge Anwendung würde Berechtigung nur dann haben, handelte es sich um einen das ganze Recht beherrschenden und vielfach in Erscheinung tretenden Rechtsgedanken. Ohne den Versuch andere Erscheinungsformen des gleichen Rechtsgedankens aufzudecken, kann *Habicht* nicht den Einwand widerlegen, daß § 162 als Sondervorschrift der analogen Auslegung unzugänglich ist. Die im römischen Recht möglich gewesene selbständige Fortbildung dieses Rechtsgedankens durch Ulpian für den heutigen Rechtszustand als Vorbild hinzustellen[4]), ist nicht angängig.

4) Eine weitere Ansicht sucht mit der Berufung auf Treu und Glauben den rechtzeitigen Zugang der einmalig versuchten Erklärung zu fingieren, wenn der Erklärungsempfänger arglistig das Zugehen der Erklärung verhindert hat.[1]) Am eingeschränksten verfährt hierbei *Staub*[2]). Er unterscheidet das Verhindern von Willenserklärungen, die innerhalb einer bestimmten Frist aus vertraglichen oder gesetzlichen Verpflichtungen entgegen zu nehmen sind, und solchen, mit deren Zugang zwar ohne Fristsetzung, aber aus Vertragsverhandlungen heraus gerechnet werden muß. Ob er die Offerte hierunter rechnet, ist nicht ersichtlich, kann auch bei der grundsätzlichen Stellungnahme zu dieser Frage unerörtert bleiben. In beiden Fällen ist arglistiges Verhindern der Erklärung die Voraussetzung. Die Erklärung gilt als erfolgt, wenn zu dieser Erfordernis im ersten Fall noch die offenbare Untunlichkeit einer Nachholung (Zustellung) sich ergibt — ein Erfordernis, das für fernmündliche Erklärungen, wie wir sehen werden, wegfällt. Im anderen Falle gilt mit der Annahmeverweigerung oder Zugangsvereitelung die Erklärung als zugegangen, wenn der Erklärungsempfänger mit dem Zugange einer Erklärung bestimmten Inhalts rechnen mußte. Diese Abstufung, die dem erst im Vertragsverhandlung stehenden Gegner weitergehendere Rechte durch den Verzicht auf das Erfordernis der Untunlichkeit der Zustellung einräumt, ist an sich gerechtfertigt. Der Erklärende ist in diesem Falle weit schutzbedürftiger als in Fällen, wo ihm die aus dem Vertrage entspringenden Rechtsbehelfe zur Seite stehen. Ob diese Ansicht, die auch *Warneyer* bei arglistigem Verhalten[3]) ohne Abstufung

---

[3]) Auch Reichau: S. 48.
[4]) S. 266, Sp. 2.
[1]) Richter: S. 665.
[2]) § 361, 9, S. 398.
[3]) § 130, II, S. 212.

der Voraussetzungen, teilt, stichhaltig ist, wird erst nach Kennzeichnung der auf gleicher Ebene aufgebauten Stellungnahme der höchstrichterlichen Rechtsprechung untersucht werden.

In Betracht kommen hierfür drei Entscheidungen,[4]) aus denen sich in Leitsätzen die Stellungnahme des Reichsgerichts und die besondere Ausprägung des letzten Urteils kennzeichnen lassen. Der erste, allen Urteilen gemeinsame Grundsatz: Rechtzeitiger Zugang der infolge Arglist verspäteten Willenserklärungen wird fingiert, kann für die Beurteilung fernmündlicher Annahmeerklärungen nur bei der Verwendung von Phonographen von Bedeutung sein. Sonst erlischt mit der Zugangsvereitelung auch die Identität der Erklärung; jeder spätere Anruf stellt eine neue Erklärung dar.

Der zweite aus diesen Urteilen zu gewinnende Satz lautet: Der rechtzeitige Zugang der infolge Verschulden des Antragsempfängers unterbliebenen, aber verspätet nachgeholten (mithin neuen) Willenserklärungen wird fingiert.

Liegt Arglist vor, so wird der rechtzeitige Zugang der nie zugegangenen Willenserklärung fingiert 4 a) und c).

Aus den §§ 162 und 815, die nicht als Einzelbestimmungen, sondern als Ausfluß eines das ganze Recht beherrschenden Grundsatzes von Treu und Glauben aufgefaßt werden, wird eine so weitgehende Fiktion zu begründen versucht. Wenn auch zuzugeben ist, daß nicht die Vereitelung der Willenserklärung, sondern das Berufen auf diese Vereitelung gegen Treu und Glauben verstößt, ist doch in dieser ganz allgemeinen Feststellung noch nicht zum Ausdruck gebracht, daß von dem Erfordernis eines nachgeholten, also verspäteten Zuganges abgesehen wird. Dem wird entgegnet, das Abweichen von diesem Wege, die einmal vereitelte Erklärung als zugegangen gelten zu lassen, stellte eine mit dem Rechtsgedanken unvereinbare Erschwerung des Pflichtenkreises des Erklärenden dar.

Doch sprechen zwei Gegengründe gegen diesen Einwand. Der eine findet sich bei einem Verfechter dieser Ansicht — *Joerges* — selbst vor, der in einer Fußnote[5]) am Schluß seiner Erläuterung feststellt, daß „praktisch der an der fristgerechten Abgabe der Erklärung Verhinderte *natürlich immer* gut tun wird, sie alsbald nachzuholen". Durch diesen Widerruf haben die Ausführungen nur theoretischen Wert, der aber gleichwohl zu erschüttern ist.

Geht er doch von einer falschen Voraussetzung aus, wenn er die Aufgabe des Erklärenden mit der einmaligen Abgabe als erledigt ansieht. Die Voraussetzung dafür müßte ein im ganzen Recht zum Ausdruck kommender Grundgedanke sein, ein vereitelter Zugang gelte als erfolgt. Wenn dies unter Berufung auf § 132[6]) angenommen wurde, so kann dieser Ansicht nicht beigetreten werden. Wäre dies Ergebnis ein allgemeiner Rechtssatz, hätte es der ausdrücklichen

---

[4]) a) RGE. 13. 7. 04, 58, S. 408; b) RGE. 4. 5. 19, 95, S. 315; c) RGE. 5. 1. 25, 110, S. 36.

[5]) Joerges: S. 76, Fußnote 77.

[6]) Jacobsohn: S. 398.

und einmaligen Feststellung in § 132 nicht bedurft. Ist doch § 132 nur im Zusammenhang, d. h. hier mit § 130 bewertbar. Wenn § 130 aber einen Zugang als Erfordernis der Wirksamkeit aufstellt, kann sein Fehlen nicht übersehen, geschweige denn sein Gegenteil fingiert werden[7]).

Daß diese Ansicht nicht Ausdruck einer im Bürgerlichen Gesetzbuch enthaltenen Gesamtrichtung ist, folgt ferner aus § 2339. Wenn der Ausschlagungsgrund über den Tod des Ausschlageberechtigten hinaus erhalten bleibt, so ist damit zum Ausdruck gebracht, daß die Erklärung eben *nicht* als erfolgt gilt, weil der Erbe an der Abgabe der Erklärung verhindert wurde. Beachtlich ist, daß es sich in diesem Falle um eine „adressefreie" Erklärung handelt, die als erfolgt zu fingieren das Recht ablehnt. Wie könnte es da gutgeheißen werden, bei einer adressierungsbedürftigen Willenserklärung — wie in unserem Falle die Annahme eines Angebotes — diese Norm zu durchbrechen?[8])

Die Hauptangriffsfläche bietet aber die Beschränkung auf die Arglist, gegen die sich ein bemerkenswertes Urteil der neuesten Zeit wendet[9]). Diese Entscheidung läßt eine Begründung aus praktischen und logischen Erwägungen erkennen. Die praktischen Bedenken müssen für fernmündliche Erklärungen ausscheiden, da sie auf den Hinweis einer übermäßigen Belastung des Absenders durch das Erfordernis eines nochmaligen Versuches durch den Gerichtsvollzieher beruhen: Wenn vorher schon ein Einschreibebrief abgesandt wurde. Der logische Gegengrund bleibt, der in der vom Verfasser betonten Gleichheit des Gegenstandes der Fiktion wie folgt, zu formulieren wäre: Ein rechtzeitiger Zugang wird immer fingiert, verschieden ist nur die Identität der Erklärung. Man kann deshalb die Fiktionsmöglichkeit nur bejahen oder verneinen. Es ist unlogisch, eine aus einem gemeinsamen Schuldbegriff stammende Erscheinungsform - die Arglist - gesondert zu behandeln und für sie eine Sonderfiktion aufzustellen. Jedes schuldhafte Handeln begründet, so folgert die Entscheidung daher nach Treu und Glauben, die Möglichkeit der Fiktion und zwar des rechtzeitigen Zuganges einer nie zugegangenen Erklärung.

Die Richtigkeit dieses Ergebnisses muß der Folgerichtigkeit des Weiterbildens der einmal vom Reichsgericht zugelassenen Fiktion des Zuganges der nie zugegangenen Willenserklärung zugestanden werden. Wurde in den vorangegangenen Ausführungen bereits die Grundlage der höchstrichterlichen Beweisführung angegriffen, so vermag diese Steigerung vom Standpunkt des Verfassers gesehen, umso schwieriger rechtlich haltbar zu sein.

Der folgende Abschnitt enthält Theorien, zu deren Begründung zum großen Teil Gedanken verwertet werden, die gleichzeitig einer

---

[7]) Titze: Jher. Jahrb. 47, 448.
[8]) James Breit: S. 594.
[9]) OLG. Köln, 30. 3. 27, Rechtsprechung in den Bl. für Post u. Telegraphie, 23. Jahrg. S. 21.

Widerlegung des obigen Ergebnisses entsprechen. So konnte ein nicht geschlossener Aufbau der Gegengründe nicht vermieden werden.

§ 4.

Die Fiktion des rechtzeitigen Zuganges einer nachgeholten fernmündlichen Annahmeerklärung.

1) Die „Nachholungstheorie" hat mit der Beweisführung von *Titze* (§ 2,2) gemeinsam, daß im Gegensatz zu dem mißlungenen ein neuer Zugang nötig ist. *Titze* will jedoch (wenn dem Verfasser die Begriffsprägung erlaubt ist) die „wiederholte" Erklärung gelten lassen, während es sich hier um die „nachgeholte" Erklärung handelt. Der Sprachsinn ergibt, daß nur bei einer nachgeholten Erklärung eine Versäumung vorlag, während die *Titze*'sche Erklärung innerhalb der verlängerten Frist noch einmal erfolgt, d. h. wiederholt wird.

aa) In analoger Auswertung der in den §§ 123, 530 II und 2339 enthaltenen Rechtsgedanken sucht *v. Blume* die Fiktion des rechtzeitigen Zuganges einer nachgeholten Erklärung zu rechtfertigen. § 123 regele die Behelfe gegen eine vorsätzlich und widerrechtlich herbeigeführte Willenserklärung; in den §§ 530 II und 2339 II bestünde für den Fall der Verhinderung die Möglichkeit der Nachholung.

Aus diesen nach *Blume* in innerem Zusammenhang stehenden Rechtsregeln wird der allgemeine Satz abgeleitet, daß bei vorsätzlicher und widerrechtlicher Verhinderung der Abgabe einer Willenserklärung durch Nachholung die ursprüngliche Versäumnis beseitigt werden kann.[1]) Dieser Lösungsvorschlag hat infolge der Beschränkung auf vorsätzliches und widerrechtliches Handeln einen zu engen Wirkungskreis. Die praktische Verwertung würde die Bedeutung einer unzulänglichen Teillösung haben. Es erübrigt sich daher, auf die recht anfechtbare innere Verbundenheit der drei genannten Rechtsnormen einzugehen.

bb) Auch einer Lösung kann man nicht zustimmen, die eine Nachholungspflicht durch analoge Anwendung von in den §§ 149 und 530 zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken begründet wissen will[2]). Bereits in § 2,2 wurde auf die Ausnahmestellung von § 530 II im Rahmen des Gesetzes hingewiesen. § 149 ist gleichfalls eine vereinzelt gebliebene Sonderbestimmung.

So kann auf dem Wege analoger Rechtsanwendung die Nachholungstheorie nicht begründet werden.

2) Eine Schadensersatzpflicht kann in der Verletzung eines Schuldverhältnisses begründet sein oder aus einer unerlaubten Handlung entspringen.

---

[1]) S. 13.
[2]) Regelsberger: S. 276.

aa) Die Vereitelung der fernmündlichen Annahmeerklärung wird also dann zur Tragung des Schadens verpflichten, wenn eine Vertragspflicht bewiesen wird, die fernmündliche Annahme jederzeit entgegen zu nehmen.

Eine Vertragspflicht, Willenserklärungen schlechthin entgegenzunehmen, wird teils ohne Begründung 1a) bejaht, teils unter Berufung auf eine allgemeine Verkehrspflicht 1b), der prozessualen Einlassungspflicht entsprechend [2]).

Diese Einschränkung der persönlichen Freiheit müßte aber, wie die Einlassungsfrist, besonders im Gesetzbuch festgesetzt sein. Da dies für die Empfangsbereitschaft nicht der Fall ist, wird eine allgemeine Pflicht zur Empfangsbereitschaft von der neueren Entwicklung abgelehnt.[3]).

Es könnte nun aus der Tatsache der Fernsprechbenutzung oder aus einem Rechtsverhältnis — in unser Grenzziehung also aus der Antragstellung — eine allgemeine Pflicht zur Empfangsbereitschaft herzuleiten sein.

Der Fernsprecher ist heute eine so gewöhnliche Verkehrseinrichtung, daß der Besitzer einer Anlage sich nicht dadurch verpflichtet, jederzeit für alle Erklärungen aufnahmebereit zu sein, sondern durch die Einrichtung nur eine Erleichterung für die Kunden schaffen will. Im Gegensatz zu ***Kuhlenbeck*** (§ 147, S. 119) kann man auch nicht unbedingt annehmen, daß durch die Wahl des Fernsprechers als Erklärungsvermittler auch die Gegenseite zu seiner Benutzung *immer* ermächtigt wird.[4a]) Daher ist „eine allgemeine Verpflichtung des Kaufmanns, jederzeit und namentlich gegen den Schluß der Geschäftsstunden am Fernsprecher zur Verfügung zu stehen, zu verneinen".[5])

Eine besondere Verpflichtung für die Aufnahmebereitschaft durch Fernsprecher könnte aus der Natur des Vertragsangebotes geschlossen werden.

Selbst wenn *Staub*[4b]) durch die Antragsstellung die Annahme als „wichtige Entscheidung, die er mittels Fernsprechers zu erwarten hat" sehen sollte (er führt den Gedankengang nicht weiter aus) kann seinem Ergebnis nicht zugestimmt werden. Er will eine Verpflichtung herleiten, dafür zu sorgen, daß selbst nach Geschäftsschluß die Erklärung den Antragsteller noch erreicht. Verfasser sieht diese Grenzziehung als verkehrshemmende Überbelastung an und erörtert nur die Frage, ob in der Antragstellung

---

[1a]) Cromé: I § 88, S. 394;
[1b]) Schneider: § 31, S. 201.
[2]) Endemann: I, S. 313,23 noch weitergehend: Schüler: § 12, S. 40.
[3]) Planck: § 130,5. S. 336; Staudinger: § 130,11. S. 544; Bieber: S. 60; Blume: S. 15 u. 23; Mühlhoff: S. 50; Neugebauer: Diss. S. 45; Titze: S. 450.
[4a]) Staub: S. 432, § 361, 33a.
[4b]) Ders.: S. 426.
[5]) RG. 12. 11. 15; Warneyer Rspr. 16, Nr. 8.

die Verpflichtung zur Empfangsbereitschaft innerhalb der Geschäftszeit enthalten ist.

Aus § 145 lasse sich nicht nur eine Gebundenheit des Antragstellers ableiten, sondern auch eine Verpflichtung, der auf der anderen Seite eine Berechtigung gegenüber stehe. In diesem Schuldverhältnis besteht die Nebenverpflichtung, zur Entgegennahme bereit zu stehen [6]). Wird diese Verpflichtung von dem Antragsteller schuldhaft verletzt, so erwächst nach *Moses* (S. 62) daraus eine Schadensersatzpflicht gemäß § 276.

Verfasser kann sich dieser Lösung schon aus tatsächlichen Bedenken nicht anschließen. Man stelle sich einen kleinen Betrieb vor, dessen Fernsprecher vom Inhaber selbst bedient wird. Er hat ein Angebot gestellt, die Entscheidungsfrist des auswärtigen Empfängers läuft 8 Tage. Sollte deshalb der auch auswärts viel beschäftigte Kaufmann jeden Tag während der ganzen Geschäftszeit auf den Anruf warten müssen? Es wäre eine Verkehrserschwerung, keine Erleichterung. Diese Frage, wie *Moses* es will, generell zu entscheiden, ist wegen der Kompliziertheit des heutigen Wirtschaftslebens nicht möglich. Es zeigen sich zu viel Verschiedenheiten, die selbständiger Beurteilung bedürfen, daß alle Fälle nicht auf einen Generalnenner gebracht werden können.

Titze sucht diesen Bedenken gerecht zu werden, wenn er diese angebliche Verpflichtung in weitgehendem Maße einschränkt. Grundsätzlich müsse eine so weitgehende Verpflichtung selbständiger Vertragsinhalt werden, andernfalls nur eine „unverbindliche Zusage der Empfangsbereitschaft" anzunehmen sei [7]). Gleichsam als Ausnahme sieht er eine solche Pflicht ohne besondere Parteivereinbarung begründet aus der „Kürze der Annahmefrist und der Eigenart der Situation"; Erfordernis ist, daß die Kürze der Annahmefrist einen anderen Weg „als den der mündlichen Willenserklärung" ausschließe [8]).

Der Ausbau dieses Gedankenganges, der als Gegensatz nur die schriftliche Erklärung schlechthin vorsieht, hat nur mündliche Erklärungen unter Anwesenden in Betracht gezogen. Auch wenn ein Vertragsangebot schriftliche Annahme zeitlich ausschließt, bleibt dem Antragsempfänger die Möglichkeit telegraphischer Übermittlung offen. Diese weist eine weit größere Sicherheit auf, besonders in der Zielerreichung binnen berechenbarer Zeiten. Man wird *Bieber* (S. 58) nicht zustimmen können, bei einstündiger Entscheidungsfrist eine einseitige fernmündliche Empfangsbereitschaft annehmen zu müssen. Es kommt ganz auf die Entfernung der Parteien an, ferner die örtlichen Verhältnisse, wie Überlastung der Leitung zu gewissen Stunden und Kenntnis davon usw. Es müßte also zu mindestens

---

[6]a) Regelsberger: S. 275, Sp. 1; Moses: S. 42; b) Leeser: S. 267; Meyer: S. 22.

[7]) Mißverständnis, S. 267/68; ebenso Habicht, S. 266.

[8]) a. a. O. S. 362.

eine doppelte Empfangsbereitschaft als Vertragswille angesehen werden.

Ganz abgesehen von der Unmöglichkeit, feste Grenzen für das Anwendungsgebiet der Empfangsbereitschaft zu ziehen, läßt sich eine rechtliche Verankerung nicht finden. Es ergeben sich Bedenken, auf die einzelnen Verfechter einer Pflicht zur Empfangsbereitschaft des Antragstellers gar nicht eingegangen sind[6b]).

Die Abgabe des Angebots erzeugt eine Pflicht nur im Sinne der Gebundenheit, den Antrag nicht mehr zu ändern oder zurückzuweisen. Die Gebundenheit läßt noch keinen Schluß auf die Rechtstellung des Antragsempfängers zu, wie *Weißenberg* (S. 15) nachweist. Ein Schuldverhältnis kann durch den Vertragsantrag nicht entstehen[9]). Die Gebundenheit erzeugt lediglich eine „Rechtsposition"[10]), die so schwach ist, daß nicht einmal ihre Übertragbarkeit in Frage kommt – oder wie *Fischer* deutlicher meint, ein „noch nicht übertragbares Recht" gegeben ist. Auch ändert es das Ergebnis nicht, wenn man nur eine grundsätzliche Unübertragbarkeit annimmt (R.G.R.Komm. § 145, S. 233).

Verfasser nimmt daher mit *Achilles-Greiff* (§ 145 Anm. 2, S. 60) im Gegensatz zu *Fischer* (§ 145 S. 103) an, daß auf dieser „Rechtslage" noch nicht Rechte und Pflichten entstehen können. Diese werden vielmehr erst durch den Hinzutritt eines weiteren Umstandes ausgelöst: Durch die Annahme des Antrages (so auch R.G.E. 21. 12. 08 in Gruch. Beitr. 63,836 und R.G.R. Kom. § 145, S. 233).

Es ist etwas ungewöhnliches, in schwebenden Rechtsverhältnissen bereits Pflichten zu begründen. Wird dies für notwendig gehalten, bedarf es besonderer Hervorhebung im Gesetz, wie es bei § 149 der Fall ist. Dort ist der Antragende verpflichtet, die auf der Beförderung beruhenden Verspätung unverzüglich anzuzeigen, bei Vermeidung des Nachteiles, daß die verspätete Erklärung als rechtzeitig zugegangen fingiert wird. In § 145 ist aber von einer solchen Pflicht nicht die Rede:[11]) womit eine weiterer Beweis für die oben vertretene Ansicht geliefert ist.

Hält man trotzdem alle diese Gegengründe noch nicht für durchschlagend, so kommt man zu der Notwendigkeit, den einfachen Vertragsschluß in zwei Teile zerlegen zu müssen: In ein Rechtsgeschäft, das auf Erzeugung eines Gestaltungsrechts gerichtet ist und in die Ausübung dieses Rechts durch den Empfänger, d. h. die Annahme des Angebots.[12]) Dieser durch nichts zu rechtfertigende Eingriff in die Grundformen juristischer Begriffe dürfte

[9]) Goldmann-Lilienthal: § 84, S. 322,15. R.G. 20. 12. 07, J. W. 08, Nr. 22 S. 85; Giesecke: S. 29.
[10]) Rosenthal: § 145 1 b, S. 46 für Unübertragbarkeit auch Neumann: § 145,5 S. 170; Soergel: § 145, S. 163.
[11]) v. Blume: S. 16/17; Haumann: S. 23.
[12]) Weißenberg: IV, S. 23.

die Unhaltbarkeit der eine Empfangsbereitschaft bejahenden Ansichten begründen.

Eine Pflicht zur Empfangsbereitschaft fernmündlicher Annahmeerklärungen ohne besondere Parteiabrede wird verneint. Diesen Sonderfall zu erörtern liegt nicht im Rahmen der Aufgabe, die vielmehr die Probleme behandelt, welche beim Nichtvorhandensein dieser (im Verkehr auch gar nicht häufigen) Abrede entstehen. Deshalb bedarf es keiner Auseinandersetzung mit den Ausführungen von *Planck* [13]), der unter Voraussetzung dieser Pflicht das Schwergewicht seiner Abhandlung auf die Art der Wiedergutmachung legt.

bb) Auf eigenartigem Wege — dessen Ergebnis auch eine ältere Reichsgerichtsentscheidung teilt, (50, 195) — sucht *Breit* eine außervertragliche Schadensbegründung herzuleiten. Er geht davon aus, daß die Fähigkeit, „eine mit Rechtswirkungen verbundene einseitige Willenserklärung [14]) abzugeben", eine bestimmte Rechtsmacht voraussetzt, die als Kann-Recht neben den obligatorischen und absoluten Rechten steht. Dieses Kann-Recht — wofür *Seckel* [15]) klarer Gestaltungsrecht setzt: denn ein rechtliches Können ist jedem Recht gemeinsam — sei ein sonstiges Recht i. S. des § 823,1. Seine Verletzung begründet die Schadensersatzpflicht. Zur Begründung dient ihm nur die negative Feststellung, nichts spreche dagegen, die Kann-Rechte ebenfalls unter § 823,1 einzureihen.

Nur ganz vereinzelt wurden unter „sonstigen Rechten" auch Forderungsrechte verstanden [16]). Die herrschende Meinung in Rechtswissenschaft und Rechtsprechung stand und steht auf entgegengesetztem Standpunkt. Falls aber nicht einmal die Forderungsrechte unter § 823 zu rechnen sind, dann erst recht nicht die Gestaltungsrechte, da erst ihre Geltendmachung ein Forderungsrecht entstehen läßt.[17])

Man kann sogar zu dem Schluß kommen, Gestaltungsrechte sind überhaupt nicht verletzbar [18]), da einem Berechtigten kein Verpflichteter gegenübersteht, mithin auch von der Nichterfüllung einer der Rechtstellung entsprechenden Pflicht nicht die Rede sein kann.

In dem Fall, in dem einem anderen vorsätzlich in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise Schaden zugefügt wird, kann unter Anwendung von § 826 ein Schadensersatzanspruch des derart an der Erklärung Verhinderten begründet werden. Seine Verwirklichung würde gemäß § 249 die Herstellung des vorherigen Zustandes sein, d. h. der Antragsteller hat die verspätete Annahmeerklärung als rechtzeitig anzusehen. Diese Lösung, deren Zulässigkeit nicht bestritten wird, hat wegen ihrer durch die Voraussetzungen von § 826 beschränkte Anwendungsmöglichkeit keine

[13]) § 130,5, S. 336.
[14]) James Breit: a. a. O. S. 595.
[15]) S. 209.
[16]) Kohler: § 191, S. 525; Cosack: § 229, II, 2 gg. S. 765.
[17]) Moses: S. 47.
[18]) Eltzbacher: S. 103, I 2.

allgemeine Bedeutung. Die Lösung der Frage muß deshalb auf anderem Wege versucht werden.

3) aa) Die Berufung auf Treu und Glauben wurde — wie wir sahen, erfolglos — zur Begründung einer Fiktion der Fristverlängerung wie des rechtzeitigen Zuganges einer nie abgegebenen, mithin nach unserer Betrachtungsweise auch nie zugegangenen Erklärung (S. 16, 17) herangezogen. Es bleibt daher als letzte Möglichkeit zu untersuchen, ob unter Zugrundelegung des gleichen Gedankenganges die Fiktion des rechtzeitigen Zuganges einer nachgeholten Willenserklärung aufrecht zu erhalten ist.

Die Verpflichtung des Adressaten, die nachgeholte Erklärung als rechtzeitig gelten zu lassen, wenn er den Zugang verhindert hat, wird teils ohne Begründung [1]), teils ohne jede nähere aus dem Grundsatz von Treu und Glauben hergeleitet [2]). Nicht die Verhinderung des Wirksamwerdens verstößt gegen Treu und Glauben – wurde doch eine Empfangsverpflichtung geleugnet –, sondern die Geltendmachung dieser Tatsache, um daraus Rechte herzuleiten.

Eine Nachholung wird ferner deshalb für erforderlich gehalten, um einen bloß fahrlässig handelnden Adressaten vor Schaden zu bewahren, ein [3]) Gesichtspunkt, der, wie wir sahen, auch in den Fällen einer Schadensbegründung auf dem Wege der Analogie geltend gemacht wurde. Trotz der negativen Fassung, der Erklärungsversuch werde nicht durch die Mitteilung wirksam, sondern durch ihr Unterlassen unwirksam, legt *Krückmann* der Nachholung „sogar eine Art konstitutive Wirkung" bei [4]).

bb) Der Ausgangspunkt für eine die Notwendigkeit der Nachholung bejahende Beweisführung kann durch den Antragsteller verursachte oder verschuldete Zugangsverhinderung der Annahmeerklärung sein.

Eine bereits von *Dernburg* [5]) vertretene Anschauung will hierbei die Frage des Verschuldens des Empfängers ausgeschaltet wissen; sie zieht also den weitesten Rahmen einer Anwendungsmöglichkeit. Entscheidend ist nur, daß das rechtzeitige Zugehen durch einen Umstand vereitelt wurde, „der in der Person des Empfängers liegt" [6]). Teilweise wird dieses Ergebnis als feststehende, nicht beweisdürftige Tatsache angesehen. [7]) Wenn *Oertmann* zur Begründung dieser doch ersichtlich von dem gesamten Rechssystem als Ausnahme empfundenen Abkehr von der Verschuldens- zur Gefährdungshaftung diese Entwicklung als „freiere Richtung" [8])

---

[1]) R.G.E. 19. 6. 26. Lpz. Ztg. 1927, S. 102; Thiele a. a. O. S. 132.
[2]) Staudinger: § 130, 11, S. 545.
[3]) Krückmann: Recht 11, S. 59.
[4]) S. 62. Im Ergebnis auch Tuhr: I, 2 § 61 S. 447.
[5]) S. 433.
[6]) Enneccerus: § 149, II, 3 u. Anm. 16.
[7]) Eckstein: S. 114; Hölder: D. J. Z. 01, 340; R. G. 13. 7. 04, 58, 408.
[8]) § 130, 3i, S. 458.

bezeichnet, so vermag dieses Werturteil noch nicht zu überzeugen.

Widerlegt wurde bereits bei der Stellungnahme zur Fristverlängerung und Fiktion der einmalig versuchten Uebermittlung der Erklärung die Annahme des Gläubigerverzuges, auf den letzten Endes die Beweisführung von RG. 95,315 hinausläuft. Auch in der Einschränkung der Anwendungsmöglichkeit, die Frage des Verschuldens nur dann als bedeutungslos anzusehen, wenn eine Verpflichtung zur Empfangsbereitschaft bestand [9]), kann Verfasser in dem bloßen Gegensatz zur Zulassung des Verschuldensbegriffes für Fälle, in denen obige Verpflichtung nicht gegeben ist, einen überzeugenden Beweis nicht sehen.

So können zur Widerlegung dieser Theorie keine speziellen Entgegnungen, sondern nur die im nächsten Absatz für die Beibehaltung des Verschuldensbegriffes als Voraussetzung der Fiktion — selbständig aufgestellten — Gründe dienen.

Wenn auch bei fernmündlichen Erklärungen Abgabe und Zugang zusammen zu fallen pflegen, so braucht dies doch nicht die Regel zu sein, wie bereits S. 14 bewiesen wurde. Unterstellt man zur theoretischen Betrachtung diese Möglichkeit, dann folgert, daß der Zugang nicht mehr zur Beförderung gehört, sondern zeitlich nach der Beförderung liegt. Dieses Ergebnis findet seine Rechtfertigung in der (sieht man von § 132 ab) Machtlosigkeit des Erklärenden gegenüber der den Zugang vereitelnden Willkür des Antragstellers [10]). Nur für die Beförderung trage der Absender die Gefahr. § 149 beweise dies, der im Falle einer Verspätung durch unregelmäßige Beförderung die Rechtzeitigkeit fingiere, wenn der Empfänger nicht unverzüglich von seinem Widerspruchsrecht Gebrauch mache. Dieses Rügerecht, das nur gegen eine vom Erklärenden zu vertretende Tatsache geltend gemacht werden kann, kann keineswegs dem Empfänger dann zugestanden werden, wenn der Absender die Gefahr nicht mehr trägt, weil der nach der Beförderung liegende Zugang von dem Empfänger selbst vereitelt wurde.[11])

Erkennt man diese Spaltung des Wirksamwerdens einer Erklärung in die Beförderung und den Zugang nicht an, sondern sieht nur einen beide Teile umfassenden „Zugang", so läßt sich das gleiche Ergebnis der Beibehaltung der Voraussetzung des Verschuldens zeitigen. Man muß dann die Gefahrtragung des Absenders weiter fassen und nach dem Wortlaut von § 130 unter ihr die Tragung der Gefahr *des* Zuganges verstehen. Welches Ergebnis den Zugang vereitelt, kann dann gleichgültig sein, sofern es nur ein Ereignis ist, für das niemand von dem Erklärenden haftbar gemacht werden kann. „Hat der Absender überhaupt den casus zu tragen, so muß es gleichgültig sein, ob der casus auf die Person

[9]) Planck: § 130,5, S. 336,37; v. Tuhr: § 61, S. 447.
[10]) Max Breit: S. 17.
[11]) Oertmann: § 130, 4a, dd, S. 460.

des Adressaten oder eines Dritten zurückzuführen ist".[12]) Wer aber eine fernmündliche Erklärung übermitteln will, muß mit der Möglichkeit rechnen, daß am Wohnort des Angerufenen (von Großstädten abgesehen) z. B. die Leitungen noch nicht verkabelt sind, sondern Oberleitungsbetrieb besteht. Bei Witterungsstörungen, wie Gewittergefahr, erfordert dies eine völlige Stillegung des Fernsprechverkehrs. Ein fernmündlicher Anruf, der trotzdem unternommen wird, geht also auf eigene Gefahr des Erklärenden, die er auch dann tragen muß, wenn der Zufall nicht nur betriebstechnische Störungen, sondern irgendwelche Empfangsvereitelungen im Hause oder in der Person des Angerufenen verursacht.[13])

Für diese Ansicht und gegen die Gleichsetzung der Verhinderung durch Zufall oder durch Verschulden des Adressaten wurde bereits frühzeitig[14]) in der Rechtsprechung Stellung genommen. Wenn auch die S. 36 angeführte Entscheidung eine Ausnahme zu sein scheint, so wird doch, wie eine neuere Entscheidung hinweist, niemals ausgesprochen, daß es auf ein Verschulden des Erklärungsempfängers *nicht* ankommt. Es würde vielmehr den Verkehrsbedürfnissen und der Billigkeit widersprechen[15]), eine vom Gesetz abweichende Regelung durch Aufbürdung der Gefahrtragung für den Zufall auf den Erklärenden zu schaffen. Eine Ansicht, die auch sonst in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft weiten Widerhall gefunden hat.[16])

Umstritten ist ferner die Frage, wer die Beweislast für den Nachweis des Verschuldens zu tragen hat.

Eine neuere Entscheidung glaubt einen prima facie Beweis für ein Verschulden des Empfängers nicht aufstellen zu dürfen. Als Begründung[17]) führt sie an, keine Vermutung spreche dafür, daß der Empfänger von einer Störung in seiner Fernsprechanlage wußte und zu ihrer Beseitigung absichtlich nichts getan habe. Die Beweisführung kann für eine allgemeine Beurteilung keine Geltung beanspruchen, da sie einen ganz bestimmten Einzelfall im Auge hat.

Verfasser vermag nicht die Begründung von *Krückmann* zu teilen, der dem Erklärenden nur den Nachweis des Erklärungsversuches und seines Mißlingens auferlegt, um damit zu folgern, daß ein Wirksamwerden der Erklärung „nur durch ein Handeln vereitelt sein kann, für das der Adressat die Verantwortung trägt"[18]). Würde doch diese Folgerung die Vermutung begründen wollen, nur der Erklärungsempfänger und nicht ein Dritter könnte die Vereitelung

[12]) James Breit: S. 595. R.G. 29. 4. 03; J.W. 04, S. 337.
[13]) Krückmann: Recht 11, S. 63.
[14]) OLG. Colmar, 10. 11. 1905; OLG. 12, 64.
[15]) R.G. 19. 6. 26. Lpz. Ztg. 27, S. 102.
[16]) OLG. Köln, 30. 3. 27, Bl. f. Post u. Telegr. 23. 21; RG.: 5. 1. 25; 110, 36. RG.: 3, 12. 24 u. 14. 10. 24 in i. Lpz. Ztg. 25 S. 470, bzw. 252. Neugebauer: F. R. § 39, S. 304; Regelsberger: S. 275; Soergel: § 130, S. 115; Zitelmann: I, S. 96.
[17]) R.G. 19. 6. 26, Lpz. Ztg. 27, S. 102.
[18]) Recht 11, S. 60 im Ergebnis auch Planck: § 130,5 S. 336.

verursacht oder verschuldet haben; wobei ein prima facie Beweis nur für ein Verschulden des Adressaten sprechen würde.

Verfasser glaubt eine Beantwortung dieser Frage aus den modernen Verkehrserfordernissen, und damit der Entwicklung des Fernsprechers herleiten zu können. Gewiß bietet die Eideszuschiebung die Möglichkeit eines Gelingens des geforderten Beweises, läßt man den erklärenden Antragsempfänger die Beweislast tragen. Vergegenwärtigt man sich aber den formalen Gang dieser Beweisführung, der durch das Erfordernis eines bedingten Endurteils die mithin schon beträchtliche Zeitdauer eines Rechtsstreites noch verlängert, so liegt darin eine beiden Teilen unerwünschte Verschleppung. Diese Verschleppung ist umso hemmender, je mehr die sonstige Entwicklung den Wert der Zeit steigen läßt. Zwar kann man nicht einen prima facie Beweis *nur* für ein *Verschulden* des Empfängers aufstellen. Die von Tag zu Tag fortschreitende Technik, wie z. B. beginnende Verkabelung des ganzen deutschen Fernsprechnetzes verringert jedoch immer mehr die als Zufall zu wertenden Fehlerquellen — wie Zerstörung der Leitung durch Witterungseinflüsse und Böswilligkeit, Betriebsunterbrechung bei Gewittergefahr und ähnliches. Die Wahrscheinlichkeit, der *Angerufene* oder seine Erfüllungsgehilfen hätten die Verhinderung des Zugehens verursacht oder verschuldet, wird daher immer größer. Setzt man das Verhalten von Treu und Glauben im Verkehr beider Parteien voraus, so liegt auch den Angerufenen alles daran, durch seine Beweisführung den Verdacht schuldhaften Handelns von sich nehmen zu können. Er kann dies in ungleich kürzerer Zeit bewerkstelligen, als wenn die Beweisführung dem Erklärenden obliegt. Der prima facie Beweis spricht also für ein Bedingen der Störung durch den Angerufenen, im Sinne zufälliger *oder* schuldhafter Vereitelung.

cc) Wenn der Verfasser trotz der zahlreichen bisher gezeigten Wege und des Gewichts der für sie eintretenden Stimmen eine Abänderung einer bereits gezogenen Richtung zu begründen versucht, so glaubt er dieses Unterfangen in der Notwendigkeit einer stärkeren Ausprägung einer bisher nicht im Vordergrund stehenden Betrachtungsweise zu sehen.

Krückmann empfand bei seinen Lösungsvorschlägen wohl das gleiche, wenn er seine Ausführungen in dem Satz gipfeln läßt: „die Formel: die Erklärung gilt als zugegangen, ist zu starr“ [1]). Ein großer Teil der vorgeschlagenen Lösungen läßt nämlich den Verdacht begründet erscheinen, als sei der Beweggrund für die Lösung wohl die Notwendigkeit gewesen, dem Erklärenden zu helfen, der Ausgangspunkt aber die Vermeidung „mißlicher“ (§ 2,3, Fußnote 2) Konstruktionen, vom formal-juristischen Standpunkt aus. So griff man z. B. zur Fristverlängerung, nur um die vom juristischen Standpunkt allerdings angreifbare Fiktion zu umgehen. Nach dem Schicksal der Parteiinteressen wird, wenn überhaupt, nur ein-

[1]) J. W. 25, 938 zu 7.

seitig – andernfalls ohne schärfere Begründung gefragt, wofür die folgenden Zeilen Beweis liefern sollen.

Das Recht soll nicht, wie *Endemann* (II, 2, S. X) hinweist, aus dem Willen des Gesetzgebers geschöpft werden, sondern aus der Verbindung von Gesetzesinhalt „mit der höchsten Zweckbestimmung aller menschlichen Nutzungen . . . . in kraftbewußter Selbständigkeit". Denselben Gedankengang finden wir in besonders klarer Ausprägung in einer höchstrichterlichen Entscheidung. „Das Recht ist nicht Selbstzweck, sondern lediglich Schutz und Sicherung der Interessen der Bürger des Staates, und zwar einmal der persönlichen, sodann aber vor allem der wirtschaftlichen Interessen. *Diese Interessen stehen daher beherrschend hinter den Rechtssätzen und Rechtsregeln, die zu ihrem Schutze dienen.*" [2])

Dieser Gedankengang heißt also die Weiterbildung des bestehenden Rechtes auf der Ebene von Treu und Glauben gut.

Mit dem Prinzip von Treu und Glauben neue Rechtssätze aufzustellen, stieß aber schon früher auf lebhaften Widerstand. Der Verfasser glaubt sich nicht unbedingt *Henle* und dem noch weitergehenden *Bendix* anschließen zu können, welche die „Bemühungen, die Gesetzesvorschriften auf allgemeine Prinzipien zurückzuführen und mit ihrer Hilfe die Lösung von im Gesetz nicht entschiedenen Fragen zu gewinnen", für „gut und notwendig" halten; oder in obiger Entscheidung eine Aufforderung an den Richter sehen, „das Gesetz aus den es beherrschenden persönlichen und wirtschaftlichen Interessen heraus auszulegen". [3])

Diesen Erwägungen für das gesamte Rechtsgebiet allgemeine Geltung zu verschaffen, ist zumindest angreifbar. Die Begründung neuer Rechtssätze darf um der Rechtssicherheit und der Geschlossenheit des Rechtssystems willen nur in Ausnahmefällen gestattet sein, die infolge einer Fortentwicklung, der sie bedingenden Gegebenheiten eine Lösung oder eine andere Lösung erheischen. Diese Voraussetzung für fernmündliche Erklärungen als gegeben zu erachten, hält der Verfasser für unbedenklich, da die auf S. 9—10 gekennzeichnete Sonderlage auch eine Sonderbehandlung rechtfertigt.

Den in obiger Reichsgerichtsentscheidung aufgestellten Satz von grundsätzlicher Bedeutung hat *Krückmann* berücksichtigt, der in zwei Besprechungen sich mit dem bereits mehrfach angeführten Urteil vom 5. 1. 1925 (110,36 bzw. J. W. 25,938 Nr. 7) auseinandersetzt.

Es handelt sich zwar im Einzelfall um die Zurückweisung eines Briefes. Die Fragestellung und die Eigenart ihrer Beantwortung durch *Krückmann* ist jedoch von so allgemeiner Bedeutung, daß sie als Grundlage für das gleiche Problem bei fernmündlichen Erklärungen ohne Bedenken verwertet werden kann.

---

[2]) R.G. 26. 5. 22; J.W. 22, S. 910, Nr. 6.
[3]) Henle: S. 29; Bendix: S. 226.

Die Besonderheiten fernmündlichen Erklärungen können sogar den Ausbau dieser Lehre begründen.

Um möglichst viel Fälle in seine Betrachtungsweise einzubeziehen, tritt *Krückmann* zunächst für eine Erweiterung der Voraussetzungen der Arglist ein, der Verfasser nur beitreten kann. Die Ausführungen wenden sich dann gegen die Behandlungsweise des Reichsgerichts, bei arglistigem Vereiteln des Zuganges durch den Erklärungsempfänger die Erklärung ipso jure als zugegangen zu fingieren. Eine so wichtige Entscheidung dürfe nicht über die Köpfe der Parteien wirken. Der an der Erklärung Verhinderte müsse in der Lage sein, die Fiktion eintreten zu lassen oder ganz auf sie zu verzichten. „Dies ist ein richtiges Rechts, aus dem der Gegner aber nicht eine Pflicht, eine Gebundenheit des Erklärenden machen darf" (S. 41[1]). Einmal erklärt, muß die Berufung auf den Erklärungsversuch, d. h. die Nachholung, auch gelten, wenn sie dem Nachholenden Schaden bringt. Wenn der an der Erklärung Verhinderte aber von seinem die Fiktion auslösenden Recht keinen Gebrauch gemacht hat, so kann der Erklärungsempfänger sich nicht auf seine eigene Arglist berufen, um die Fiktion doch zustande kommen zu lassen.

In schärferer Prägung wird dieser Gedankengang in der späteren Besprechung zum Ausdruck gebracht[4]). Wenn der Adressat durch die Vereitelung des Zugangs die Abgabe der Erklärung — und damit den Zugang als nicht vorhanden betrachtet, müsse er sich auch demgemäß behandeln lassen. Die Zurückweisung des Erklärungsversuches sei eine Verfügung, genau so wie der mißglückte Versuch der Abgabe der Erklärung. Auf diese Verfügung sich zu berufen, stehe dem Erklärenden frei, der durch die Weigerung des Empfängers noch als Zusatz zu seiner Rechsstellung die Möglichkeit erhalte, sich auf die Verfügung des Erklärungsempfängers zu stützen. „Er hat zwei Rechte, eines aus seiner Handlung, eines aus der Handlung des Gegners."

Beide Besprechungen bieten eine ganz neuartige Möglichkeit, die Rechtsfolgen auszulösen oder auf sie zu verzichten. Durch die Befreiung von einer auf alle Fälle sich erstreckenden Grundregel wird bezweckt, die Rechtstellung des Erklärenden wechselnden Bedürfnissen anpassungsfähig zu machen. Die Voraussetzung für die Zulässigkeit dieses Weges ist nach der ersten Formulierung arglistiges Verhalten des Gegners.

Diese Begriffsziehung ist zu eng. *Krückmann* muß es selbst empfunden haben, daß der von ihm bezweckte Schutz des Erklärenden auch bei einer Erweiterung der Grenzziehung der Arglist recht fragwürdig ist, da er in den späteren Ausführungen von dem Erfordernis einer arglistigen Zurückweisung absieht. „Wer

---

[4]) J. W. 26, 1430, 2.

einen Brief zurückweist, ... hat Hindernisse in den Weg gelegt". [5])

Dies ist zu weitgehend und verstärkt die Rechtstellung des Erklärenden in einer unzulässigen Weise.

Ein Beispiel mag das erläutern. A. in Breslau bietet B. in Berlin durch einen am Morgen des 13. 6. dort eintreffenden Eilbrief einen größeren Posten an, freibleibend bis 14. 6. 18 Uhr. B. ist also wegen der kurzen Entscheidungsfrist zur telegraphischen oder fernmündlichen Übermittlung genötigt. Eine Annahmeverpflichtung auf telephonischem Wege bestand für A. mangels besonderer Parteiabrede nicht. (§ 4,2 a, S. 19 ff nicht.)

Um $^1/_2$18 Uhr wird A., der einen kleinen Betrieb hat und den Fernsprecher selbst bedient von einem Querulanten mit Mängelrügen belästigt. Trotz der Zusicherung, an Ort und Stelle die Sache erledigen zu wollen, läutet der Gegner immer und immer wieder an. Empört über dieses Verhalten läßt A. den Apparat in den nächsten 5 Minuten absichtlich ohne Bedienung. Der so vereitelte Anruf ging aber nicht mehr von dem lästigen Kunden, sondern von B. aus Berlin aus, was A. durch Anfrage am Fernsprechamt kurz vor 18 Uhr erfährt. Die Preise für den Posten sind inzwischen gefallen. B. hat das größte Interesse, sich nicht mehr auf seinen Erklärungsversuch zu berufen. Für A. bietet sich keine Möglichkeit, die Annahmeerklärung wirksam werden zu lassen; er erleidet einen beträchtlichen Schaden.

Diese Lösung widerspricht dem Rechtsempfinden. Der von *Krückmann* vorgeschlagene Weg berücksichtigt einseitig die Rechtsstellung des *Erklärenden*. Auch *Seidler* stellt seine Lösung nur auf die Interessen des Erklärenden ab, und gesteht ihm das Recht zu (S. 30), sich auf seinen Erklärungsversuch zu berufen, wenn ihm dies wirtschaftliche Vorteile einbringt.

Die Frage wird selten aufgeworfen, ob dieser verstärkte Schutz nicht, wie obiges Beispiel lehrt, sich zu einem nicht mehr zu rechtfertigenden Schaden für den Antragsteller als Empfänger des Anrufs auswachsen kann.

Indirekt vertreten diesen Standpunkt die Verfechter der (von uns abgelehnten) Anwendungsmöglichkeit von § 162, der nur dann wirksam wird, wenn der Erklärungsempfänger wider Treu und Glauben den Eintritt der Bedingung verhindert hat.

Kunstmann erklärt ferner (S. 93): „auch das Interesse des Erklärungsempfängers" für berücksichtigenswert, ohne diesem Gedanken in seiner Lösung praktische Wirksamkeit zu verleihen. Bei schuldhafter Vereitelung gilt die verspätete, identitätsgleiche Erklärung als zugegangen (S. 94). Bei schuldloser Verhinderung wird durch Fristverlängerung dem Erklärenden eine Nachholungsmöglichkeit eingeräumt, es sei denn, daß kein Rechtsverhältnis eine Pflicht zur Entgegennahme festsetzt (S. 98). Verneint man,

---

[5]) S. 1430,2 Sp. 2.

wie wir es taten, eine Pflicht zur Empfangsbereitschaft ohne besondere Parteiabrede bei der Stellung eines Antrages, so bleibt doch das Ergebnis von Kunstmann unbefriedigend: *jedes* Verschulden gibt den Erklärungsempfänger dem rechtlichen Übergewicht des Erklärenden preis.

„Im Verein mit dem Streben, alles möglichst auf eine einheitliche Formel zurückzuführen, hat diese unglückliche Neigung" (scil. die Begriffsjurisprudenz) „unausbleiblich die Folge, daß man schließlich vor selbstgemachten Begriffen die Einzelerscheinung nicht sieht und ihr das Recht verweigert". So *Krückmann* gegen *Krückmann* zitiert[6]) — mag als Ausgangspunkt der neuen Lösung gelten.

Als Zweck im Recht bezeichnet *Jhering*[7]) den Ausgleich zwischen „Verdienst und Lohn, Strafe und Schuld", und einige Zeilen später „Verdienst und Lohn, Verschuldung und Strafe". Diese wiederholte Aneinanderreihung kann nicht Verstärkung, muß vielmehr eine Gegenüberstellung sein. Beiden Vergleichen ist eine Wertung gemeinsam, jedoch im zweiten Falle bietet sich ein anderes Bild: Durch die Einfügung der Strafnotwendigkeit kommt ein moralischer Akzent hinzu. *Jhering* sieht in der Gegenüberstellung den Zweck im Recht in zwei grundverwandten Gebieten, im Zivil- und im Strafrecht. Denn „es ist nicht Sache des Privatrechts, für sittlich mißbilligenswerte Handlungen Strafen aufzustellen"[8]). Der Zweck des Privatrechts ist die Herstellung der Gleichgewichtslage, ohne Nutzanwendungen aus dem Gebiete der Moral oder der Rechtsordnung als schutzbedürftiger Einrichtung zu ziehen.

Dieses Prinzip erfüllt naturgemäß den S. 42 angeführten Leitsatz von dem Schutz der Interessen durch das Recht.

Die Berechtigung, den Erklärenden zu schützen, sieht der Verfasser in der wirtschaftlichen Notwendigkeit. Handelt der vielleicht unbekannte Antragsteller bei der Annahme des Angebotes bereits hinterhältig, so wird es sich der Antragsempfänger reiflich überlegen, ob er nach einer derartigen Selbstkennzeichnung auf einen — vielleicht auf längere Sicht laufenden — Vertrag überhaupt noch Wert legt.

Der Gedankengang ist also dem des Reichsgerichts entgegengesetzt: War das Verschulden des Antragstellers so groß, daß sogar Arglist vorlag, dann gebührt dem Verletzten, d. h. dem die Annahme erklärenden Antragsempfänger die durch die Nachholungstheorie gebotene Entscheidungsmöglichkeit. Von dieser Möglichkeit muß er freien Gebrauch machen können, aber nur so weit es zur Herstellung der Gleichgewichtslage erforderlich ist. Nicht gangbar erscheint daher der von *Blume*[9]) vorgeschlagene Weg, der (allerdings ohne jede Begründung) dem Absender im Falle „vorsätz-

---

[6]) S. 1431, Sp. 1.
[7]) Bd. 1, S. 367.
[8]) Regelsberger: S. 275, Sp. 2.
[9]) S. 23.

licher und rechtswidriger" Vereitelung die Möglichkeit gibt, den Vertrag doch zustande kommen zu lassen. Die Antwort, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn er sich nicht auf die Fristverlängerung beruft, bleibt *Blume* uns schuldig. Es ist also nicht eindeutig festzustellen, ob *Blume* auch bei seinem Weg an die doppelte Möglichkeit im Sinne *Krückmanns* denkt. Selbst wenn man dies — zumal im Hinblick auf S. 12 seiner Ausführungen — bejaht, hat die Lösung wenig praktischen Wert. Sie berücksichtigt nur einen Ausschnitt aus den Verhinderungsmöglichkeiten. Es werden die Folgen für den Fall geregelt, daß der Antragsteller *nicht* den Vertrag zustandekommen lassen will.

Auch der Antragsteller kann schutzbedürftig sein. Das wird dann der Fall sein, wenn der Antragsteller im Gegensatz zu dem erklärenden Antragsempfänger den Vertrag zustande kommen lassen will.

Die stärkere Belastung der Rechtstellung des Adressaten einer fernmündlichen Erklärung durch Einräumung des Rechts an den Erklärenden, sich auf zwei Verfügungen zu berufen, stellt nur dann die Gleichgewichtslage her, wenn das vorherige Verhalten des Adressaten diese Sonderbehandlung rechtfertigt.

Der von *Krückmann* in seiner zweiten Besprechung entwickelte Gedankengang: Wer eine Erklärung zurückweist, sie nicht als vorhanden betrachtet, muß sich gefallen lassen, seinem Willen entsprechend behandelt zu werden, kann doch nur dann Berechtigung haben, wenn der Adressat die Verfügung der Zurückweisung *absichtlich* getroffen hat. Ohne Zweifel ist dies bei arglistigem und vorsätzlichem Handeln der Fall.

Schwierig ist die Entscheidung, ob man trotz des nicht ausdrücklich erklärten Willens der Zurückweisung bei grobfahrlässigem Handeln das alleinige Entscheidungsrecht, den Vertrag aufleben oder nie entstehen zu lassen, dem die Annahme Erklärenden zugestehen kann. Zwei Gedankengänge gilt es hierbei gegeneinander abzuwägen.

Der die Annahme erklärende Antragsempfänger, der über das Mißlingen seines fernmündlichen Anrufes infolge veränderter Marktverhältnisse erfreut ist, beruft sich auf den formalen Wortlaut des § 130 BGB.: Die Erklärung ist *nicht* zugegangen, also das Angebot nicht angenommen.

Das Gegenbedenken folgt aus der Natur der Offerte. Erkläre ich meine Gebundenheit bis 18 Uhr, so will ich frei werden, wenn der Antragsempfänger sich bis zu diesem Zeitpunkt zu meinem Angebot nicht erklärt hat: wenn er schweigt. Läutet ein auswärtiger Antragsempfänger, mit dem ich bisher in keinen Geschäftsbeziehungen stehe, mich $^1/_2$ Stunde vorher an, so doch nicht zu der Erklärung, mein Angebot *nicht* annehmen zu wollen! Der Verfasser sieht in der Tatsache der Inanspruchnahme des Fernsprechers bereits den in die Außenwelt in Erscheinung getretenen Willen, die Annahmeerklärung abzugeben. Sollte die Äußerung zufällig einen

anderen Erklärungsinhalt haben, steht dem Erklärenden der Gegenbeweis offen, diese durch den gewöhnlichen Verlauf begründete Vermutung zu entkräften. Handelt nicht der Erklärende . . . . hinterhältig, diesen seinen Willen hinterher ganz zu verleugnen? Arglist liegt nicht vor, da formell das Recht auf seiner Seite steht. Trotz formeller Berechtigung widerspricht dieses Verhalten zu mindest:

„dem Verhalten eines ordentlichen Geschäftsmanns, der bei seinem, selbst nicht entgegengenommenen Worte bleibt und aus der — böswilligen Zurückweisung seines Vertragsgegners keinen bereits innerlich aufgegebenen Sondervorteil zu erlangen strebt. Das würde eine unzulässige Bereicherung auf Kosten des . . . . formell-rechtlich unterlegenen Vertragsgegners sein und geradezu die Ausbeutung seiner unerlaubten Handlungsweise darstellen"![10])

Es kann nicht festgestellt werden, was ethisch mehr belastet erscheint: Das Ableugnen der eigenen Erklärung mit dem Hinweis auf die grobe Fahrlässigkeit des Empfängers oder die Berufung auf den gegnerischen Erklärungsversuch trotz eigener grober Fahrlässigkeit, welche die Vereitelung zeitigte. Zu entscheiden ist nur, ob wirtschaftlich gesehen das Gleichgewicht auch dann hergestellt wird, wenn infolge der groben Fahrlsäsigkeit des Antragstellers dem erklärenden Antragsempfänger das Übergewicht von zwei Rechten zugestanden wird.

Verfasser glaubt, daß durch die grobe Fahrlässigkeit schon bei Verhandlungen, die erst ein Vertragsverhältnis entstehen lassen sollen, die Vertrauensbasis zu Ungunsten des Antragsstellers so erschüttert ist, daß zur Herstellung der Gleichgewichtslage dem Erklärenden das Doppelrecht zuerkannt werden muß.

Hat der Antragsteller jedoch leicht fahrlässig den Zugang vereitelt, so verliert obige Begründung an Boden. Der Erklärende darf nicht mehr das Doppelrecht haben, den Vertrag zu begründen, oder ohne Widerspruchsmöglichkeit des Gegners ihn nie wirksam werden zu lassen. Der Antragsteller muß hier in gleicher Weise das Recht haben, sich auf den durch seine leichte Fahrlässigkeit mißlungenen gegnerischen Erklärungsversuch zu berufen, wenn ihm an dem Zustandekommen des Vertrages etwas liegt und der Erklärende durch Nichtnachholung sich mit seinem bereits in der Außenwelt offenbarten Willen in Widerspruch setzt.

Das dem Antragsteller hier zugestandene Recht gibt ihm natürlich nur die Möglichkeit, den Vertrag zustande kommen zu lassen, kann also nie in Gegensatz zu der Nachholung des Erklärenden treten. Andernfalls würde es zu einem Anreiz werden, sich auf eigenes Verschulden berufen zu können.

Praktisch genommen wird der Antragsteller, will er den Vertrag zustande kommen lassen, unverzüglich sich auf den von dem Erklärenden geäußerten Willen berufen müssen. Gelingt ihm der

---

[10]) Bendix: S. 4.

Nachweis der dafür aufgestellten Voraussetzung — nur leichte Fahrlässigkeit seinerseits — nicht, so wird im Prozeß der Grad seines Verschuldens entschieden werden.

Die Beurteilung des Verschuldensbegriffes ist stetem Wechsel unterworfen, der seinen Niederschlag in der Rechtsprechung findet. Die Hineinbeziehung sogar der Verschuldensabstufung erschwert daher die Brauchbarkeit der vorgeschlagenen Lösung keineswegs.

Verfasser verspricht sich vielmehr von dieser letzten Endes erst forensisch wirksam werdenden Theorie eine den jeweiligen Bedürfnissen gerecht werdende Beweglichkeit.

C. *Ergebnis.*

Für die Lösung der Frage, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn der Antragsteller das Zugehen der fernmündlichen Annahmeerklärung verhindert, ergab sich die Notwendigkeit, auf dem Boden der Nachholungstheorie eine Lösung zu versuchen. Zeigte sich doch die Unmöglichkeit, über die Fristverlängerung und die Fiktion des rechtzeitigen Zuganges der nie zugegangenen Erklärung zu einem rechtlich haltbaren Ergebnis zu gelangen. Eine Vertragspflicht zur Empfangsbereitschaft ohne Parteiabrede für fernmündliche Erklärungen wurde verneint; die Aufgabe ging an der ja keine Schwierigkeiten bereitende Lösung dieses Sonderfalles der Parteivereinbarung vorüber.

Es wurde festgestellt, daß nicht die Vereitelung des Zugehens, d. h. — von beschränkten Ausnahmefällen abgesehen — der Abgabe, gegen Treu und Glauben verstößt, sondern grundsätzlich das Berufen des Antragstellers auf sein Verhalten. So wurde unter Anwendung von Treu und Glauben die Lösung versucht. Ihr abweichender Weg liegt nicht so sehr in der Annahme einer konstitutiven Wirkung der Nachholung, deren Eintritt in der Hand des Erklärenden liegt, als in der Abstufung des Verschuldensmaßstabes. In einer seiner Erscheinungsformen wurde die Ausnahme von dem Grundsatz gemacht, daß ein Berufen des Antragstellers auf sein Verschulden so gegen Treu und Glauben verstößt, daß dem Erklärenden ein Sonderschutz zugebilligt werden muß. Im Gegensatz zu den bisherigen Ergebnissen wurde also auch ein Schutz der Interessen des Antragstellers begründet.

Bei arglistiger, vorsätzlicher und grob fahrlässiger Verhinderung des Zugehens der Annahmeerklärung hat der an der Abgabe der Erklärung Verhinderte das Wahlrecht, durch eine Nachholung der Erklärung die Rechtzeitigkeit des Zuganges zu fingieren. Bei leicht fahrlässiger Verhinderung hat der Erklärende nur das Recht zur Nachholung, während andererseits der Antragsteller die Fiktion des rechtzeitigen Zuganges auslösen kann, wenn der Erklärende von diesem Recht keinen Gebrauch machen will.

Hat der Antragsteller die Verhinderung nicht verschuldet, so steht dem Erklärenden überhaupt kein Fiktionsrecht zu. Der Vertrag ist nicht zustande gekommen.

LEBENSLAUF.

Ich, *Hans Kutzner,* wurde als Sohn des Assessors *Benno Kutzner* und seiner — 1920 verstorbenen — Ehefrau *Gertrud,* geb. *Rüdiger,* am 14. 6. 1905 zu Hirschberg geboren.

Meine erste Schulbildung genoß ich in Leobschütz (O.-S.), wohin mein Vater 1908 versetzt wurde. Von 1915 ab besuchte ich das städt. Gymnasium zu Liegnitz, nachdem mein Vater dorthin als Amtsgerichtsrat versetzt war. 1924 bestand ich die Reifeprüfung und studierte Rechtswissenschaft: 2 Semester in Breslau, je eins in München und Berlin, die letzten 3 ebenfalls wieder in Breslau.

Die 1. juristische Prüfung bestand ich am 9./10. 3. 1928, das Examen rigorosum am 10. 5. 1928.

Zur Zeit bin ich der Staatsanwaltschaft Liegnitz zur Ausbildung überwiesen.